
NOTA TÉCNICA COMISSÃO DE DIREITOS SOCIAIS E TRABALHISTAS OABMG

REF.: PORTARIA 620 DO MTP

Considerando que a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/MG atua na defesa da Constituição, da ordem jurídica, dos direitos humanos, pugnando sempre pela justiça social, pela aplicação das leis e pela rápida administração da Justiça;

Considerando que a Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG tem a prerrogativa de manifestar, publicamente, perante as autoridades constituídas e a sociedade em geral sobre quaisquer matérias, em especial as relativas às garantias e aos direitos fundamentais da pessoa humana, sobre os assuntos considerados de interesse público ou, ainda, que sejam de interesse ou do dever da advocacia trabalhista.

A Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG vem se manifestar contrária à Portaria nº 620, do Ministério do Trabalho e Previdência, publicada em 01/11/2021, pelas razões a seguir:

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE PARCIAL DA PORTARIA N. 620/ 2021, DO MTP

Inicialmente, destaca-se que a Portaria n. 620/2021 do MTP, tem seu texto parcialmente marcado pela inconstitucionalidade e ilegalidade, especialmente nos trechos que determinaram, a uma, a impossibilidade de dispensa por justa causa do trabalhador que se negar a vacinar contra doença infecciosa; a duas, quanto à previsão da possibilidade de indenização por danos morais e caracterização de discriminação.

Diante do cenário que hoje ainda enfrentamos de pandemia do COVID-19, entendemos por melhor a análise de tal regramento especificamente quanto à vacinação contra o coronavírus-19, ainda que a norma seja genérica e a presente reflexão tenha a possibilidade de adaptação a outras tantas vacinas existentes, devidamente aprovadas pela ANVISA e passível de erradicar a contaminação de outras doenças de fácil e rápida contaminação.

Feitas tais considerações, tem-se o texto, *in verbis*, da Portaria 620/21:

PORTARIA MTP Nº 620, DE 1º DE NOVEMBRO DE 2021

O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA, no uso das atribuições que lhes conferem o Decreto nº 10.761, de 2 de agosto de 2021, e o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição.

(...)

Art. 1º **É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995.

§ 1º **Ao empregador é proibido, na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação**, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez.

§ 2º **Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação.**

Art. 2º O empregador deve estabelecer e divulgar orientações ou protocolos com a indicação das medidas necessárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho, incluindo a respeito da política nacional de vacinação e promoção dos efeitos da vacinação para redução do contágio da COVID-19.

Parágrafo único. Os empregadores poderão estabelecer políticas de incentivo à vacinação de seus trabalhadores.

Art. 3º Com a finalidade de assegurar a preservação das condições sanitárias no ambiente de trabalho, os empregadores poderão oferecer aos seus trabalhadores a testagem periódica que comprove a não contaminação pela Covid-19 ficando os trabalhadores, neste caso, obrigados à realização de testagem ou a apresentação de cartão de vacinação.

Parágrafo único. Aplicam-se os demais normativos e orientações do Ministério da Saúde e do Trabalho e Previdência quanto à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos termos do art. 1º da presente Portaria e da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais. (GRIFOS NOSSOS)

Note-se que o texto em destaque visa impedir que o empregador deixe de contratar ou de dispensar por ato de falta grave o trabalhador que ao retornar para o ambiente de trabalho físico/ presencial não tiver sido vacinado, por ato voluntário e sem justificativa plausível, com uma interpretação limitada do direito de liberdade de escolha do empregado de vacinar-se, como se possível fosse dissociá-lo no contexto global e coletivo atual da pandemia do COVID-1, do qual é, na verdade, indissociável.

A análise da possibilidade de obrigatoriedade da vacinação do COVID-19 passa, necessariamente, pelo âmbito constitucional e infraconstitucional, sempre considerando o ordenamento jurídico como sistema único.

No tocante ao vício constitucional formal, o art 22, inciso I, da Constituição Federal de 1988 prevê que é matéria privativa da União legislar sobre o direito do trabalho; ora, a Constituição na tripartição de funções deixou a cargo do Poder Legislativo da União a competência para legislar sobre o direito do trabalho, sendo um atentado à harmonia do pacto da tripartição de funções previsto no art. 2º do texto constitucional, o Poder Executivo valer-se de uma portaria (espécie legislativa que sequer tem a função criar direitos e deveres, bem como possui hierarquia infralegal) para tentar trazer novas obrigações e deveres ao empregador. Não cabe ao Ministério do Trabalho e Previdência, no exercício de suas atribuições como órgão do Poder Executivo, legislar sobre matéria privativa do Legislativo da União.

Ademais, o art. 87, também do texto constitucional, dá aos ministros de estado a atribuição de expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, ato este que jamais

se igualaria à criação de obrigações e deveres como quis fazer o Sr. Onyx Dornelles Lorenzoni, atual ministro do Trabalho e Previdência.

Quanto à inconstitucionalidade material do texto da portaria, *ad primu*, salienta-se que a saúde é direito social de todos (artigo 6º, CF/88), bem como que os trabalhadores, dentre outros, têm direito fundamental à proteção contra o dano à saúde ou à integridade física (artigo 7º, inciso XXI, CF/88).

Ainda, tem-se que o art. 226 da Constituição de 1988, cumulado com o art. 220, VIII, do mesmo texto constitucional preveem que todo cidadão tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, bem como que o meio ambiente de trabalho deve ser protegido. Ora, nesses termos faz-se necessária a adoção de medidas que visam impedir o adoecimento dos empregados com os mais graves desdobramentos decorrentes do COVID-19, bem como medidas que visem diminuir a possibilidade de transmissão da doença, das quais se destaca a vacinação ampla e geral.

Neste contexto, é primordial que entenda-se a diferença entre a vacinação obrigatória (compulsória) e a vacinação forçada, a fim de que se esclareça que o que ora se defende não é o desrespeito à liberdade individual de cada cidadão, mas sim o direito da coletividade à defesa e implementação da saúde.

A determinação de vacinação obrigatória respeita a liberdade de cada pessoa na escolha de vacinar-se ou não; entretanto, autoriza medidas de obrigatoriedade indiretas, com o intuito precípuo de convencer e conscientizar da importância do ato, mas sem forçar.

Assim, a vacinação obrigatória, inclusive vai ao encontro das medidas preventivas e conscientizadoras que devem ser promovidas pelos empregadores no ambiente de trabalho quanto à importância da vacinação, em casos como da pandemia do COVID-19, previstas, inclusive, na própria portaria ora analisada, e outras diversas medidas de prevenção ao contágio do mesmo vírus (distanciamento, higienização constante de mãos, dentre outras).

Neste sentido, pode-se citar ações indiretas de órgãos públicos e entidades privadas para zelar pela obrigatoriedade da vacina contra o COVID-19, como: a exigência do Supremo Tribunal Federal, com a Resolução 748 de 2021, de demonstração de comprovante de vacinação para adentrar em suas dependências, com o retorno gradual das atividades presenciais; no mesmo sentido, Ato GP.GVP.CGJT 279/2021, do Tribunal Superior do Trabalho; possibilidade de exigência de comprovação de vacinação por estabelecimentos como restaurantes, bares, empresas aéreas, clubes e dentro tantos outros.

Além da inconstitucionalidade formal e material, tem-se também a ilegalidade da portaria, por contrariar dispositivos legais, dentre os quais, o expresso da Lei 13.979/2020, bem como a interpretação adequada de dispositivos celetistas e previdenciários.

Isto porque, o art. 3º, inciso III, alínea “d”, da Lei 13.979/20 prevê que para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavírus,

pode ser adotada determinação de realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas, já tendo sido julgada a constitucionalidade do dispositivo, como restará demonstrado adiante.

Além disso, a CLT prevê em seu art. 482, alínea “h”, que caracteriza falta grave atos de indisciplina e insubordinação, ou até mesmo a alínea “b”, como mau procedimento, por tratar-se de ato incompatível com as regras que o homem comum deve seguir para viver em sociedade, no caso, no zelo pela saúde da coletividade. Além disso, o texto celetista prevê em seu art. 157 o dever do empregador de fazer cumprir normas de segurança e medicina do trabalho (zelando pelo art 7º, XXI, da CR/88) e instruir os empregados quanto as precauções a tomar e seguir.

Neste diapasão, o Poder Judiciário já reconheceu a possibilidade de ações indiretas para efetivar-se a obrigatoriedade da vacinação contra o COVID-19, nos termos estabelecidos pelo STF, no julgamento das ADI’s 6586 e 6587¹, onde restou determinado, quanto ao questionamento referente à determinação de vacinação compulsória acima mencionado, da Lei 13.979/20, que a compulsoriedade da imunização pode ser alcançada mediante restrições indiretas, reconhecendo como legítima a implementação de medidas indiretas como a restrição do exercício de certas atividades, ou frequência a determinados lugares, desde que previstas em lei ou delas decorrentes. Ora, qual o motivo do MTP entender que o meio ambiente do trabalho não seria um lugar a ter restrito o acesso por ausência de vacinação? Soa contraditório, ilegal e inconstitucional.

Note-se que não quer aqui desobrigar o ônus social e contatual do empregador de promover a conscientização ampla e geral de seus empregados quanto à necessidade e importância da vacinação em massa, mormente com destaque para o zelo pela saúde de todos indivíduos no ambiente do trabalho, seja como massivamente veiculado em meios midiáticos quanto à efetividade na redução de efeitos mais graves do COVID-19, seja quanto à efetividade na redução do contágio entre pessoas vacinadas, como recentemente divulgado, por exemplo no site da NBC News, um estudo da Universidade de Oxford². No tocante a essa parte do texto da portaria, nada tem-se a opor, assim como a testagem periódica e obrigatória também deve ser promovida pelo empregado, além da manutenção de pontos estratégicos de higienização das mãos, distanciamento físico, dentre outras.

Entretanto, tais medidas não são suficientes para que o empregador arque com seu ônus de manutenção e fiscalização de um meio ambiente do trabalho saudável, sendo necessário a promoção da obrigatoriedade da vacinação contra o COVID-19, *in casu*, em massa, através, também, de condutas de obrigatoriedade indiretas.

Registra-se, ainda, que a obrigatoriedade da vacina é medida de gestão do empreendimento, de forma que ao zelar pela saúde da coletividade com a exigência da vacinação, o

¹Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443506/false>

² Disponível em: <https://www.nbcnews.com/health/health-news/vaccinated-people-are-less-likely-spread-covid-new-research-finds-n1280583> .

empregador também gerencia seus riscos e custos do empreendimento, exerce seu poder de direção, regulamentação, fiscalização e punição, poderes próprios do empregador no contrato de trabalho, que caracteriza-se como desdobramento do fundamento do nosso Estado Democrático: a livre iniciativa.

E, por fim, quanto aos dispositivos legais desrespeitados pela portaria, ainda que haja outras tantas normas infraconstitucionais que podem demonstrar a ilegalidade da norma analisada³, deve-se observar o texto do art. 8º da CLT, o qual dispõe que as autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho devem atuar de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (o qual, no caso da discussão da vacinação compulsória, trata-se do direito à saúde da coletividade).

Passando a análise da interpretação do caso de negativa do trabalhador a vacinar-se, a comunidade jurídica, antes mesmo da publicação da Portaria 620/21, já vinha se manifestando, em posição oposta ao texto, corroborando com todo o aqui exposto. Tem-se o posicionamento atual do Poder Judiciário, do Ministério Público do Trabalho e dos representantes dos próprios trabalhadores.

Quanto ao Poder Judiciário, além das decisões comentadas acima, no tema de repercussão geral 1.103, do STF, firmou-se a seguinte tese: **“É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar**⁴.

Ainda, no âmbito da Justiça do Trabalho, além do ato conjunto que determinou apresentação de comprovante de vacinação para adentrar nas dependências do TST (acima mencionado), foram prolatadas decisões devidamente fundamentadas nos preceitos constitucionais e legais, que declararam a legalidade da aplicação da dispensa por justa causa aos empregados que mesmo após as diversas orientações e capacitação técnica disponibilizadas pelo empregador, negaram-se a vacinar⁵. Pode-se perceber aqui que o texto da Portaria irá

³ Aqui deixamos para reflexão e análise a ilegalidade da Portaria 620 do MTP também por ir de encontro aos dispositivos legais: art. 10, parágrafo 10 e art 19, parágrafo 1º, ambos da Lei 8.213/91; arts. 168 e 169 da CLT. Além disso, os textos das Normas Reguladoras nº 7 e 32, normas do próprio Ministério do trabalho.

⁴ Disponível em

<http://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5909870&numeroProcesso=1267879&classeProcesso=RE&numeroTema=1103>.

⁵ Disponível em https://ww2.trt2.jus.br/noticias//noticias/noticia/news/empregada-de-hospital-infantil-se-recusa-a-tomar-vacina-contr-a-covid-19-e-recebe-justa-causa/?tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&cHash=4a1f82c89c00b6edf90136534cc59a21.

inundar o judiciário com pedidos iludidos de reversão de dispensa or justa causa, por eventualmente os trabalhadores acreditarem estarem acorbertados pelo texto ministerial. Ainda, criará cenário extremamente inseguro juridicamente, ainda que seja mínima a chance de julgamento nos moldes explícitos na portaria ora criticada.

Quanto ao Ministério Público do Trabalho, entidade governamental que tem como precípuo maior a defesa dos direitos dos trabalhadores em geral, criou e publicou o Guia Técnico Interno do MPT sobre vacinação da COVID-19, no qual em sua fls. 54, assim concluiu:

Diante desse cenário legal e jurisprudencial, é de se concluir que a vacinação, conquanto seja um direito subjetivo dos cidadãos, é também um dever, tendo em vista o caráter transindividual desse direito e as interrelações que os cidadãos desenvolvem na vida em sociedade. Neste sentido, o direito à vacinação também pode constituir um dever nas hipóteses em que envolve questões de saúde pública, como nos casos de epidemias e pandemias. Por isso, o direito-dever à vacinação, como uma das prestações compreendidas no direito à saúde, tem, do mesmo modo, eficácias vertical e horizontal, obrigando, a um só tempo, tanto o Poder Público a realizar as ações para efetivá-lo, quanto os particulares a realizarem medidas para a sua concretização, e, ainda, submeterem-se ao comando compulsório de vacinação⁶. (grifos nossos).

O MPT ainda, no mesmo documento, decorrente da análise de Normas Regulamentadoras do próprio MPT e legislação vigente, concluiu que *“havendo o reconhecimento da existência de risco biológico no local de trabalho, a vacinação deve ser uma das medidas previstas no PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional)”*, ao referir-se ao risco de contaminação do COVID-19.

Por fim, quanto às centrais sindicais, estas também se manifestaram⁷, na defesa do direito à saúde dos trabalhadores, contrárias à determinação da Portaria 620, tendo afirmado que a norma ministerial cria *“um ambiente de insegurança e desproteção sanitária”*. As entidades ainda afirmaram que a obrigatoriedade da vacinação não é ato autoritário e baseia-se na responsabilidade de cada um com o ser coletivo e defendeu a necessidade de apresentar comprovante de vacinação para que o empregado retorne ao trabalho presencial.

Ora, toda a comunidade jurídica concorda com a importância e necessidade de comprovação de vacinação pelo empregado seja para o retorno presencial, para manutenção de seu emprego ou para sua contratação. Resta claríssimo que a Portaria 620/21 é um atentado

⁶ Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/estudotecnico_vacinacaocovid19-4.pdf

⁷ Disponível em: <https://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/90820-centrais-sindicais-a-vida-e-um-direito-acima-de-todos-contr-portaria-mpt-620-21>

contra a saúde dos trabalhadores, meio ambiente de trabalho saudável e contra o ordenamento jurídico em vigor.

A COMISSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E TRABALHISTAS DA OAB, por meio dessa NOTA TÉCNICA expõe seu posicionamento acerca da Portaria n. 620 do Ministério do Trabalho e Previdência, portaria esta que OFENDE formal e materialmente a Constituição da República Federativa do Brasil, bem como à diversas legislações infraconstitucionais mencionadas na presente nota técnica.

Amanda Helena Azeredo Bonaccorsi
Relatora – Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas OABMG

Daiana Ferreira Camargos Silva
Presidente Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas OABMG

Davidson Malacco Ferreira
Secretário Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas OABMG